

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

CINTIA LUIZA TONDIN

**UMA ANÁLISE ECONÔMICA SOBRE A INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL NAS
PROMESSAS DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS**

CURITIBA

2017

CINTIA LUIZA TONDIN

**UMA ANÁLISE ECONÔMICA SOBRE A INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL NAS
PROMESSAS DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Ciências econômicas, Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Vinícius Klein

CURITIBA

2017

TERMO DE APROVAÇÃO

CINTIA LUIZA TONDIN

UMA ANÁLISE ECONÔMICA SOBRE A INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL NAS PROMESSAS DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Ciências econômicas, Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Vinícius Klein

Prof. Dr. José Guilherme Silva Vieira

Prof. Dr. Rodrigo Leite Kremer

Curitiba, 1º de dezembro de 2017.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pela oportunidade.

Agradeço ao Professor Vinicius Klein pela orientação, confiança e compreensão.

Agradeço a minha família e aos meus amigos que me apoiaram nesta jornada, por me entenderem e acreditarem em mim,

Agradeço ao Fábio pelo companheirismo.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo fazer uma análise econômica sobre a inversão da cláusula penal nas promessas de compra e venda de imóveis. A relevância do tema ganhou importância para o mercado imobiliário com o aumento das demandas judiciais, em razão do atraso na entrega de imóveis, que impactam diretamente no setor imobiliário. A discussão foi provocada por interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça possibilitando a inversão, em caso de rescisão do contrato. A partir de então, tal entendimento passou a ser defendido nas ações que buscavam a reparação de danos em razão do atraso na entrega de imóveis, cumulando com outros pedidos. Aplicando a teoria econômica dos custos de transação, pode-se entender que a mudança na interpretação ensejou comportamento oportunista e aumentou os custos de transação. Em razão da multiplicidade de ações o Superior Tribunal de Justiça determinou a suspensão das demandas sobre o tema até que a discussão seja decidida definitivamente. A uniformização da jurisprudência tenderá a tornar a instituição mais forte, com redução dos custos de transação.

Palavras-chave: Promessa de compra e venda, análise econômica, custos de transação.

ABSTRACT

The present work aims to make an economic analysis on the judicial revision on the application of the penal clause in the promises of purchase or sale contract of real estate. The theme has gained relevance on the real estate market on account of the increase of legal demands on the subject and the delay in the delivery of real estate property. Those factor have a direct impact on the real estate business. The discussion was prompted by a judicial ruling issued by the Superior Court of Justice allowing the penal clause to be reversed, in case of contractual rescission. Since it, this understanding began to be applied in lawsuits that sought damages due to the delay in the delivery of real estate property and other additional requests. Applying the economic theory of transaction costs, It is possible to understand that the Superior Court understanding led to an opportunistic behavior by the consumers and increased the transaction costs. On account of the multiplicity of lawsuits lodged before the Superior Court of Justice, the Superior Court ordered the suspension of the claims on the matter til a final decision. The harmonization of jurisprudence tend to make the institution stronger, with lower transaction costs.

Key words: Purchase or sale promise, economic analysis of law, transaction costs.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: UMA BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO	11
3 ECONOMIA E ANÁLISE DOS CONTRATOS	16
3.1 CONCEITO DE CONTRATO	19
3.2 OS CONTRATOS COMPLETOS.....	24
3.3 OS CONTRATOS INCOMPLETOS	28
3.3.1 Racionalidade limitada	30
3.3.2 Assimetria de informação	30
3.3.3 Oportunismo.....	31
3.3.4 Custos de transação	31
3.5 A TEORIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO	33
4 ANÁLISE DE CASO: OS CONTRATOS DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA E A INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL	36
4.1 PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS	36
4.2 A POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DA CLÁUSULA MORATÓRIA	39
5 A ANÁLISE DOS CONTRATOS PELO PODER JUDICIÁRIO	44
6 CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS.....	51

1 INTRODUÇÃO

Na última década, o mercado imobiliário do país passou por altos e baixos, seguindo a tendência da economia do país. De fato, no período de crescimento econômico do país o mercado imobiliário apresentou a mesma tendência, passando por uma desaceleração a partir de 2013.

Nesse primeiro período, com aumento das relações comerciais, houve também o aumento dos processos judiciais que tinham por objeto os contratos de compra e venda firmados por incorporadoras, construtoras e consumidores.

É certo que as negociações que deram origem as ações judiciais representam um recorte na realidade, pois que muitas negociações tiveram seu curso normal, sem disputas ou divergências das partes. Também deve se considerar que houve casos de descumprimento, em que as partes optaram por outros meios de solução de conflitos ou optaram por não tornar a questão litigiosa. Contudo, por não apresentarem maiores discussões tais situações não serão abordadas neste trabalho.

Grande parte das ações judiciais tinham por pretensão a reparação dos danos decorrentes do atraso na entrega da obra, dentre os quais passou a ser comum o pedido de inversão do contrato de cláusula da promessa de compra e venda que estabelecia os encargos moratórios para o caso de inadimplemento do promissário comprador, que é denominada de cláusula penal.

O fundamento para o pedido era a necessidade de manter-se o equilíbrio contratual, havendo a necessidade de existir uma simetria de aplicação da multa moratória e juros de mora, também para o caso de inadimplemento contratual do construtor ou do incorporador, em razão do atraso na entrega da obra.

Diante da multiplicidade de ações judiciais sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça afetou para julgamento sob o regime dos julgamentos repetitivos¹ os Recursos Especiais de n. 1.614.721/DF e n. 1.631.485/DF de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão. O Tema Repetitivo nº 971 definirá sobre a possibilidade ou não da inversão da cláusula penal, em desfavor da construtora, nas hipóteses em que ela foi

¹ O julgamento de recursos repetitivos é previsto no artigo 1.036 do Código de Processo Civil, para que os recursos de competência dos Tribunais Superiores, com fundamento em idêntica questão de direito, sejam julgados uma única vez, por meio do processo que é afetado a esse tipo de julgamento, valendo a decisão da Corte para todas as instâncias inferiores, sendo determinado, inclusive, a suspensão das ações que tramitam nas instâncias inferiores até a definição da questão.

prevista apenas em desfavor do compromissário comprador, nos casos de atraso na entrega da obra.

Outra questão que também está em discussão, sob o regime de recursos repetitivos, é a possibilidade ou não da acumulação da indenização por lucros cessantes² com a cláusula penal, nos casos de atraso na entrega da obra, pelo Tema Repetitivo n. 970, que também tem como Relator o Ministro Luís Felipe Salomão, cujos Recursos Especiais em análise são n. 1.635.428/SC e n. 1.498.484/DF.

Ambas as questões são relevantes e impactam diretamente no mercado imobiliário, que é setor importante da economia.

Considerando a discussão acima, o presente trabalho tem por objeto a análise econômica sobre a possibilidade da inversão da cláusula penal nas promessas de compra e venda, dada as decisões pelo Poder Judiciário sobre o tema, utilizando-se da teoria da economia dos contratos.

Para tanto, inicialmente faz-se uma breve contextualização sobre análise econômica do direito, dado que a abordagem desse estudo é interdisciplinar, ainda que com foco na teoria econômica.

Na sequência, será abordado a economia dos contratos com a apresentação de um conceito de contrato para a economia, bem como a teoria econômica dos contratos, utilizando-se da teoria dos custos de transação.

Ressalta-se que há outras teorias da economia dos contratos que poderiam ser utilizadas como a teoria dos incentivos, teoria dos contratos incompletos e teoria dos contratos relacionais. Contudo, dada a necessidade de recorte teórico apenas a teoria dos custos de transação será abortada neste trabalho, cuja metodologia utilizada é a revisão bibliográfica na parte da teoria econômica.

No quarto capítulo será apresentada a discussão objeto de análise, com a apresentação dos temas que estão pendentes de julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça e os recursos repetitivos citados anteriormente.

Também neste capítulo, para fins de contextualização será apresentado uma breve definição dos contratos imobiliários e da cláusula penal que está sendo objeto de análise.

² Lucros cessantes é espécie de danos materiais, cujo objetivo é reparar o ofendido ou o credor pelo que deixou de lucrar com a ofensa ou inadimplemento, conforme previsto no artigo 402 do Código Civil.

No quinto capítulo, pretende-se fazer uma análise utilizando a teoria econômica dos custos de transação para análise das decisões pelo Poder Judiciário, tanto aquelas que deram origem a divergência que será objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça, como também as consequências advindas da uniformização da jurisprudência³, com definição sobre a possibilidade de inversão da cláusula penal nas promessas de compra e venda de imóveis e a sua cumulação com lucros cessantes.

Por fim, apresenta-se as conclusões alcançadas a partir do presente estudo.

³ Jurisprudência é o conjunto de decisões pelo Poder Judiciário relativos a determinado tema. Uniformização de jurisprudência tem por objeto evitar interpretações diferentes pelos julgadores para casos semelhantes, de modo que, para casos com as mesmas discussões sejam aplicadas as mesmas interpretações. A utilização do julgamento sob o regime de recurso repetitivo busca uniformizar a jurisprudência, já que a decisão do Tribunal Superior deverá ser observada no julgamento de processos semelhantes.

2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: UMA BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO

A relação entre economia e direito não é recente. Estudos sobre o tema chegam a fazer a evolução histórica desde Adam Smith até as últimas décadas. Essa não é a pretensão deste capítulo, que tem por finalidade contextualizar o leitor sobre as origens da análise integrada entre direito e economia, demonstrando que não se trata de um movimento novo.

Ademais, dado que o presente estudo busca a análise econômica dos contratos, com estudo de caso sobre a cláusula penal nas promessas de compra e venda de imóveis, também serão abordados conceitos jurídicos, daí porque importante a presente contextualização.

Hovemkamp (2009) cita que as primeiras abordagens dessa relação para os economistas se deram a partir das discussões sobre a aplicação do método histórico alemão. Segundo o autor

the people who engaged in law & economics were also engaged identifying fundamental assumptions, such as the principle of selfinterest, and in determining basic economic concepts, such as the theory of value, the effect of involuntary redistribution, and the scope and meaning of marginalism. For these reasons their work was much more "fundamental" than most of law & economics today. (HOVERKAMP, 2009, p. 1058).

Esse primeiro movimento citado por Hovemkamp (2009) refere-se ao movimento denominado Original Institucionalista, que tentou entender a relação entre direito e economia, considerando uma análise contextualizada histórica e socialmente. Para os economistas dessa escola as respostas dos filósofos dos séculos XVI e XVII de que os direitos de propriedade e outros direitos eram dados como uma questão de direito natural, antes de qualquer direito positivo, não eram satisfatórias. (MACKAAY, 1999).

O institucionalismo, que tem como principal nome John Commons, entendia que os compromissos institucionais dos indivíduos eram fortes e complexos, e não poderiam ser analisados apenas do ponto de vista da eficiência. (Hovemkamp, 2009).

Tal movimento perdeu força nos anos 1930. Sendo que seu declínio teria decorrido, segundo Lopes, S. A., da “crescente especialização entre as ciências sociais, o que levou os economistas a restringirem sua atuação a questões

indiscutivelmente relacionadas aos mercados – sem levarem em conta o arcabouço dado pelas instituições jurídicas”. (2011, p.3).

Passado esse movimento, a análise moderna da relação entre direito e economia é conferida ao grupo de economistas da Escola de Chicago. A origem do movimento pode ser identificada com a publicação de Ronald Coase denominado de *"The problema of social cost"*, de 1960. Ainda que Coase seja um dos fundadores da chamada Nova Escola Institucional, ele também é visto como uma referência para a referida Escola, que tem Richard Posner como figura central. (KLEIN, V., 2015). Outra publicação que tem relevância nessa escola é de Guido Calabresi denominado *Somes thoughts on risk distribution and the law of torts* em que restou demonstrada a

importância da análise de impactos econômicos da alocação de recursos para a regulação da responsabilidade civil, seja no âmbito legislativo ou judicial. Sua obra inseriu explicitamente a análise econômica em questões jurídicas, apontando que uma análise jurídica adequada não prescinde do tratamento econômico das questões. (ZYLBERSZTAJN; STAJN, 2005, p.2)

A Análise Econômica do Direito, trata da economia aplicada ao ordenamento jurídico, aplicar métodos de economia aos comportamentos regulados pela norma (LOPES, J.R.L., 2012). Como afirma Mackaay pode ser definida como a aplicação da teoria econômica e dos métodos econométricos para examinar a formação, estrutura e impacto das instituições jurídicas (1999, p.72). Ou seja, as instituições não são tratadas como fixadas fora do sistema econômico, mas sim integrantes dele.

Essa teoria considera que *"las personas que participan en el sistema jurídico actúan como maximizadores racionales de sus deseos"* (POSNER, R.A., 2011, p. 87), sendo que as normas jurídicas poderiam

ser vistas como incentivos (ou desincentivos) a determinadas ações, a análise econômica do Direito se presta para predizer o efeito ou a consequência dessas mesmas normas no meio social. E mais: o juiz ou o formulador de políticas públicas deve buscar a solução que seja mais eficiente economicamente. (LOPES, S. A., 2011, p.9).

Portanto, para esta Escola o sistema legal deve prover a eficiência alocativa, mediante a análise das consequências de aplicação da lei, sendo ela benéfica ou nociva dependendo da consequência de sua aplicação, pelo alcance do ótimo de Pareto ou não.

Segundo Posner as contribuições da Análise Econômica do Direito seriam a constatação de que: (i) os participantes em um processo legal se comportam, na realidade, como se fossem maximizadores racionais; (ii) o sistema jurídico, seus procedimentos e instituições, estão preocupados com a promoção da eficiência econômica; (iii) a análise econômica pode ser útil para uma reestruturação do sistema jurídico; e (iv) o estudo quantitativo do sistema legal é frutífero. (POSNER, R.A., 2011, p. 89-94).

Por sua vez, para a Nova Economia Institucional os custos de transação são parte dos fenômenos econômicos e decorrem das instituições, dentre as quais destacam-se os contratos e o Poder Judiciário. Nas palavras de Klein, V.(2015, p.134) essa Escola é caracterizada pela “inclusão das instituições na teoria econômica através de uma perspectiva interdisciplinar; mas sem que a economia perca o papel de liderança”.

Assim, a Nova Economia Institucional demonstrou a importância das normas jurídicas e das instituições para o desenvolvimento, com o entendimento de que as transações não são reguladas apenas pelo sistema de preços, mas também pelos mecanismos lastreados no contrato. (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005).

Segundo Medema essa abordagem institucional busca examinar tanto a influência da economia sobre a lei como o raciocínio jurídico e a influência da lei e a mudança legal sobre a atividade econômica e seu desempenho. (MEDEMA, 2000).

Além de Coase, Oliver Williamson também é um dos fundadores da a Nova Economia Institucional, sendo que para esse último autor, contrariamente ao mundo neoclássico, as transações ensejam custos relevantes, decorrentes da assimetria de informações e da racionalidade limitada. Segundo essa teoria, o comportamento do agente é racional, mas seja pela incerteza ou complexidade do mundo econômico, ou ainda a capacidade cognitiva limitada, não seria possível atingir uma situação de eficiência paretiana. (MACEDO, 2012).

Além de Williamson, Douglass North também tem destaque na Nova Economia Institucional, defendendo que as instituições reduzem a incerteza e os custos de transação ao estabelecerem as regras do jogo. Nas palavras do autor

Institutions and the way they evolve shape economic performance. Together with the technology employed, they determine the cost of transacting and producing. Institutions are the rules of the game in a society; more formally, they are the humanly devised constraints that shape human interaction. In

consequence they structure incentives in exchange, whether political, social, or economic. (NORTH, 1992, p.5)

A diferença entre Williamson e North é que enquanto o primeiro foca na análise microeconômica, o segundo foca na análise macro, ao defender que a performance da economia seria afetada pelos custos de transação induzidos pelas instituições. (ZYLBERSZTAJN, 2011). Além disso, como aponta Zylbersztajn

A análise macro institucional privilegia o papel das cortes de justiça (*public ordering*), para a solução dos problemas de quebras contratuais sendo defendida pelos autores na área da Economia do Direito, embora releve também o papel da pressão social. Esta visão contrasta com o enfoque de Williamson, que, sem ignorar o papel do ordenamento público, privilegia o papel das organizações privadas, para controlar o oportunismo (*private ordering*). Ou seja, estruturas especializadas de governança surgem para limitar os custos do oportunismo. (ZYLBERSZTAJN, 2011, p.16).

Ademais, admitindo-se a existência de custos de transação, as instituições teriam papel de mitigá-los, tendo importância o Direito, a análise dos contratos e a coerência das decisões pelo Poder Judiciário.

Com essa contextualização, vale destacar que na perspectiva do Direito, esse estudo passou a ter importância, apenas recentemente, ante a necessidade de maior previsibilidade e eficiência das normas jurídicas, com uma harmonização entre a aplicação das normas e o prisma econômico. (FIGUEIREDO; GIBRAN, 2016).

Mais do que isso, pode-se entender que os estudos da economia contribuem para o aperfeiçoamento das normas jurídicas quando de sua formulação, isso porque, já que os agentes respondem a incentivos, “tem-se que quanto mais forem as normas positivadas em relação às instituições sociais, mais eficiente será o sistema”. (FARIA, 2007, p.2).

Contudo, como destaca Sztajn

por conta de diferentes metodologias utilizadas pelos dois ramos do conhecimento – o modelo dogmático e abstrato ensinado nas escolas de Direito e a construção de modelos a partir de dados empíricos recolhidos na sociedade associados a teorias – nas escolas de economia -, os operadores do Direito veem com desconfiança e com restrições as tentativas de associar o raciocínio econômico aos esquemas abstratos predominantes na formulação e análise das normas jurídicas. Esquecem-se, entretanto, de que, por estarem mais próximos à análise da realidade social, os economistas vêm enveredando rapidamente pelos meandros dos modelos normativos propostos pelo Direito. (SZTAJN, 2005, p. 75-76).

Neste trabalho se pretende fazer uma análise interdisciplinar entre direito e economia, partindo da premissa de que ambas estão umbilicalmente ligadas, dados que fatos econômicos são influenciados pelas instituições e assegurados pelo direito.

Por fim, no tocante as premissas comuns utilizadas pelos autores que fazem essa análise, pode-se destacar (i) o reconhecimento de que os agentes atuam de forma racional a fim de maximizar seus proveitos; (ii) os agentes consideram os sistemas de preços para tomada de decisões; e (iii) o sistema legal funciona como incentivo ou desincentivo para os agentes. (PINHEIRO; SADDI, 2005).

Com essa breve contextualização e a constatação de que a economia pode fornecer instrumentos eficientes para análise das instituições de Direito, dentre os quais o contrato e a atuação do Poder Judiciário, no próximo capítulo será abordado de forma específica a teoria da economia dos contratos.

3 ECONOMIA E ANÁLISE DOS CONTRATOS

A interação entre análise dos contratos e a ciência econômica é tão natural que sequer seria justificado uma abordagem autônoma. Segundo Araújo (2007, p.13) “como ciência social, à Economia não poderiam pura e simplesmente ser diferentes as diversas incidências e manifestações do fenômeno contratual no funcionamento das sociedades humanas”. Nessa perspectiva, a análise econômica do contrato será complementar a análise jurídica, cada qual com enfoque adequado à ciência objeto de análise.

Para Sztain (2005) o contrato é uma das áreas que possui resultados mais positivos na relação entre direito e economia, pois nela resta mais evidente a existência de interesses comuns, envolvendo instituições sociais e institutos jurídicos. Como visto no capítulo anterior, essa análise é recente, a partir da década de 1960, sendo considerada a segunda onda de análise de direito e economia. (HOVEMKAMP, 2009).

A formação do vínculo contratual, sendo um fato social, pressupõe uma série de pretensões que buscam os agentes para que se realizem as trocas, sendo tal fato anterior ao mundo jurídico. (PONPEU; PONPEU, 2011). Isto é, antes do contrato há que se considerar que os agentes se relacionam buscando atender suas necessidades, sendo o contrato a forma de formalizar tal relação.

Conforme ensina Posner, E.,

Em seus contratos, as partes incluem termos descrevendo a realização do objeto do acordo e disciplinando os principais riscos que afetam o valor das obrigações pactuadas. Os termos podem descrever os bens a serem entregues, a data da entrega, ou a identificação da parte que suportará o risco em caso de acidente durante o envio. Os termos também podem liberar o vendedor de suas obrigações se uma greve ou evento semelhante ocorrer (caso fortuito ou força maior). (POSNER, E., 2010, p.17).

Ainda que de cunho eminentemente jurídico, o contrato tem consequências econômicas relevantes. Desde “uma simples cláusula criada para proteger a parte vulnerável até a estipulação de pesadas multas em caso de descumprimento, os contratos se inserem diretamente na seara econômica”. (CAMINHA; LIMA, 2014, p.192).

Portanto, o contrato incluirá cláusulas contratuais de acordo com o que as partes buscam concretizar, considerando as informações compartilhadas,

características gerais do negócio, custos de transação e o sistema legal vigente. Segundo Posner, E., “o último fator, o sistema legal, é o foco da análise econômica do direito contratual”. (2010, p.18).

Considerando que o contrato e o vínculo contratual são mais amplos do que os contratos formalizados ou mesmo os contratos de longo prazo, Araújo destaca que

uma vez por outra sucederá que a disciplina jurídica coloque entraves a esse mecanismo contratual; mas as mais das vezes é a própria disciplina jurídica que mais contribuirá para reforço desse papel facilitador, alicerçando a confiança com que as pessoas, acreditando nas promessas ou percebendo que o papel incentivador das reacções ao incumprimento, promovem a sua intersubjetividade e colaboram em termos morais. (ARAÚJO, 2007, p.19).

Para ambas as disciplinas, Direito e Economia, a análise teórica tem importância para tentar resolver as situações de crise do contrato, que poderão ser decorrentes, dentre outras situações, de sua incompletude, que tem espaço quando analisamos os contratos de longo prazo ou de execução continuada, deixando de lado os contratos de cumprimento instantâneo. Como explicam Caminha e Lima

todo contrato possui uma dimensão temporal retratada, inicialmente, quando do surgimento do acordo, em seguida com o seu desenvolvimento, para depois, deixar de existir. Um acordo pode nascer e logo imediatamente extinguir-se, é o caso dos contratos de execução instantânea. No entanto, pode nascer e durar, nesse caso, tornando a relação mais complexa, motivo pelo qual se evidencia no estudo econômico uma ligação entre incompletude e duração do contrato. (CAMINHA; LIMA, 2014, p.178-179).

É evidente que os contratos de cumprimento imediato ainda existem, como uma simples compra e venda de um bem qualquer, mas tais relações, dadas suas especificidades, não ensejam maiores preocupações.

Como esclarecem Hart e Holmstron qualquer comércio deve ser mediado por uma forma de contrato, seja ele explícito ou não. Contudo, nos casos mais simples, onde os dois lados da transação ocorrem quase simultaneamente, há minimização do elemento contratual, pois é considerado simples e trivial. Com isso, os economistas têm se interessado nas relações de longo prazo, em que decorre uma quantidade de tempo considerável entre o acordo e a sua execução, em que o contrato passa ser fator essencial da relação comercial. (HART; HOLMSTRON, 1985).

Com o aumento da complexidade das relações econômicas ganharam espaço os contratos de cumprimento diferido, vigência de longo prazo e com múltiplas partes, em que não há como aplicarmos as especificidades do modelo clássico (NATAL,

2014). Assim, é passado o tempo em que as transações econômicas seguiam o modelo clássico, com produtos homogêneos, agentes otimizadores, orientada pelo mecanismo de preços, com equilíbrio entre as partes e informação simétrica, que estavam sujeitas, geralmente, a contratos não escritos e de curta vigência.

Assim, tendo por base os contratos de longo prazo, a análise poderá ser realizada de duas formas: a descritiva e a normativa. A primeira, diz respeito a explicação ou descrição do direito contratual, considerando que os juízes decidem os casos para maximizar a eficiência. A segunda pressupõe que o direito contratual deva ser eficiente, definindo o modelo para que as partes aumentem seu bem-estar. (FIGUEIREDO; GIBRAN, 2016).

Como conclui o estudo feito em homenagem a Hart e Holmström pela The Royal Swedish Academy of Sciences

Contract theory identifies a variety of obstacles to cooperation and suggests which contracts are best suited to overcome them. The theory is both positive and normative: it offers coherent explanations for the contracts that are commonly written, as well as a method for finding appropriate contractual solutions to new problems. It generates precise hypotheses that can be confronted with empirical data and lays an intellectual foundation for the design of various policies and institutions, from bankruptcy legislation to political constitutions. (HART; HOLMSTROM, 2016, p.36).

A questão, então, é saber analisar se a teoria deseja explicar como o mundo é (descritiva) ou como poderia ser (normativa). Posner, E., (2010) explica a diferença das análises abordando a existência de um modelo teórico que buscaria eficiência ou não. Nesses termos a análise descritiva proporcionaria

mera estipulação (ou explicação) do direito contratual tal como desenvolvido pelas Cortes. A suposição de que os juízes decidem os casos (e/ou escolhem doutrina) de forma a maximizar eficiência é construída por essa abordagem. A questão de por que os juízes decidiriam os casos desta forma, ou se é necessário para eles agirem desta maneira de modo a criar um direito eficiente, é deixada de lado. (POSNER, E., 2010, p.18).

Por sua vez, a análise normativa é descrita pelo mesmo autor como a que

presume que o direito contratual deva ser eficiente. Como anteriormente, o autor constrói um modelo no qual as partes podem aumentar seu bem-estar através de um contrato que seja juridicamente executável. O autor primeiro demonstra a conclusão ótima – onde, por exemplo, a execução ocorre somente quando a avaliação do comprador excede os custos do vendedor, e comprador e vendedor fazem investimentos eficientes – e o equilíbrio emergente de cada uma das possíveis regras jurídicas alternativas.

Tipicamente, o autor recomenda uma das regras alternativas como eficiente, ou demonstra que regras diferentes são eficientes sob suposições diferentes, ou ainda criticam várias regras existentes por não serem capazes de viabilizar que as partes atinjam a conclusão ótima. (POSNER, E., 2010, p.19)

Considerando o uso normativo da economia dos contratos, principalmente no âmbito judicial, tem ganhado relevância a definição de condutas adequadas e eficientes, conforme destaca Klein, V.,

quando o Poder Judiciário, um Tribunal Arbitral ou outro terceiro é responsável por solucionar um conflito derivado de uma relação contratual, são necessários padrões de conduta que indiquem um comportamento razoável ou racional. Esses padrões não se encontram prontos no âmbito jurídico, mas não construídos nas decisões. Essa atividade hermenêutica além do contexto das normas jurídicas utiliza-se por vezes dos usos e costumes empresariais ou mesmo pela análise econômica da racionalidade da conduta. (KLEIN, V., 2015, p.58).

No presente estudo, ambos os métodos de interpretação do fenômeno jurídico serão adotados, pois em seu aspecto descritivo se pretende descrever a discussão sobre a possibilidade de inversão da cláusula penal nas promessas de compra e venda de imóveis, já em relação ao aspecto normativo se pretende analisar qual seria a posição mais adequada na visão da análise econômica do direito.

Considerando os apontamentos acima, com destaque da importância da análise dos contratos para a economia, bem como a delimitação da metodologia que será utilizada para o estudo de caso, será abordado adiante o conceito de contrato, assim como a teoria dos custos de transação que é o fundamento teórico utilizado na análise proposta neste trabalho.

Lembra-se, por fim, que outras teorias da economia dos contratos poderiam ser utilizadas, como a teoria dos incentivos, a teoria dos contratos incompletos ou teoria dos contratos relacionais. Contudo, dada a necessidade de um recorte teórico optou-se pela teoria dos custos de transação.

3.1 CONCEITO DE CONTRATO

O contrato é instrumento que faz a intermediação de transações econômicas entre duas ou mais partes. Segundo Brauseou e Glachant (2002, p.3) *“to an economist, a contract is an agreement under which two parties make reciprocal commitments in terms of their behavior a bilateral coordination arrangement”*.

Assim, cada contrato espelhará uma transação propiciada pela existência de interesses contrapostos e objetivos complementares dos agentes econômicos. Conforme ensina Roppo

As situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos a ideia de *operação económica*. De facto, falar em contrato significa sempre remeter – explicita ou implicitamente, directa ou indirectamente – para a ideia de operação económica (ROPPO, 2009, p.8)

Um contrato, portanto, significa uma forma de coordenar as transações, permitindo planejamento de longo prazo, uma vez que traz além dos direitos transacionados, os incentivos para seu cumprimento. Conforme destacam Stajn e Zybersztajn “a essência do contrato é a promessa. Para que os indivíduos realizem investimentos e façam surgir o pleno potencial das trocas através da especialização, faz-se necessária a redução nos custos associados a riscos futuros de ruptura das promessas.” (STAJN, R; ZYLBERSZTAJN, D; AZEVEDO, 2005, p.104-105)

Para Araújo o contrato é “essencialmente um facilitador da circulação das titularidades de valores e de modos de governo conjunto (ou “governança”) de problemas atinentes ao conhecimento, ao poder e aos interesses” (2007, p.18).

Conforme destaca Timm “conforme o modelo econômico, um contrato pode ser compreendido como uma transação de mercado entre duas ou mais partes. É assim, meio de troca entre pessoas. Os contratos existem porque nenhum homem é autossuficiente”. (2015, p.181).

O contrato, então, regula uma operação econômica decorrente de condutas valoradas de acordo com um cálculo de valores e prejuízos, ou seja, vantagens e desvantagens, quanto à formação do vínculo contratual e seu cumprimento futuro pelas partes.

Pode-se dizer que o contrato, em uma visão econômica, organiza e estrutura as relações mercantis. Embora o conceito de contrato possa ser simples, a sua análise pode ser feita de pelo menos quatro formas, como apontam Brausseou e Glachant

First, the analysis of contracts allows us to ine the exact nature of difficulties associated with economic coordination, while deepening our understanding of the functioning and the basis of coordination mechanisms. Second, this approach illuminates the details of various provisions coordination: routines, incentives, the authority principle, means of coercion, conflict resolution, etc Third, analysis of the origins of contracts sheds light on how agents conceptualize the rules and decision-making structures that frame their

behavior Finally, studying the evoluaiion of contractual mechanisms helps us under stand changes in the structures that frame economic activity.
(BRAUSSEOU; GLACHANT, 2002, p. 4)

As definições econômicas de contrato, apontam para um mecanismo de coordenação de comportamento entre os agentes econômicos. (KLEIN, V., 2015). Essas definições são mais amplas que a definição de contrato no âmbito do direito, conforme se passa a analisar.

A apresentação de um conceito jurídico de contrato poderia seguir uma visão história desse instituto para o Direito, iniciando, inclusive desde o Direito Romano. Todavia, por brevidade será apresentado um conceito de contrato considerando o modelo social, que é o que está vigente.

Inicialmente, pontua-se que o vocábulo contrato traduz o vínculo jurídico das vontades de uma ou mais partes, com vistas ao alcance de um objeto determinado. Desse modo, o contrato pode ser definido como acordo de vontades para adquirir, resguardar, modificar, extinguir ou transferir direitos. (PONTES DE MIRANDA, 2008).

Como explica Araújo (2007) a essência do contrato é a vinculação obrigacional identificada e tutelada pelo Direito, nas palavras do autor

Essa identificação e tutela pela ordem jurídica não faz senão reforçar as sanções extra-jurídicas que rodeiem já a relação entre as partes, reforçando junto destas a convicção de que o incumprimento dos deveres assumidos desencadeará a reação plena do aparelho coercivo do Estado, se necessário for, e facilitando por esse meio a promoção simultânea daqueles que são consensualmente reconhecidos como os três grandes valores de eficiência que se jogam na contratação:

- a gestão do risco entre as partes, basicamente promovendo a sua concentração nas mãos do *least-cost risk bearer* ;
- o alinhamento de incentivos, quando a esse alinhamento obste a assimetria informativa ou a amplitude das margens do oportunismos;
- a redução dos custos de transação, não apenas os iniciais custos de busca mas também os custos de prevenção e de combate de oportunismo e ao *holdup* contratual, nomeadamente fornecendo supletivamente cláusulas eficientes, elementos de informação ou meios de redução dos custos de litigância.” (ARAÚJO, 2007, p.106).

Gomes o define o contrato como “o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam” (2007, p. 10). Nessa concepção, o contrato é negócio jurídico com obrigações para os contratantes, por consentimento recíproco, resguardando a modificação, constituição ou extinção de direitos.

Há que se destacar que o direito dos contratos delimita o arcabouço de regras e princípios responsáveis pela delimitação do conceito de contrato, sendo que “o direito contratual é um dos mais importantes ramos do direito e um dos institutos fundamentais do direito privado”. (KLEIN, V., 2015, p. 165).

Por sua vez, considerando a visão jurídica de contrato, faz-se necessário delimitar alguns princípios básicos para melhor entendimento do tema.

Dentre os princípios principais que regem as relações contratuais, destaca-se a autonomia privada, que significa a liberdade de contratar e dos agentes disporem de seus interesses da forma que lhes interessa. Conforme destacam Pompeu e Pompeu

O contrato como realidade jurídica que é, representa, em linhas gerais, um acordo ou ajuste de condutas, legitimado pelas diretrizes que emanam do princípio da autonomia negocial. Ser autônomo no âmbito do Direito Privado pressupõe a titularidade de um poder jurídico de se auto-regular, denominado autonomia privada. Mas, nem todos os espaços do Direito Privado permitem o pleno exercício desta autonomia, pois neles se impõe o heterônomo comando legal, cuja natureza é essencialmente coerciva. (POMPEU; POMPEU, 20112, p.124).

Além do princípio da autonomia privada, tem relevância o princípio da obrigatoriedade dos contratos, que é representado pela expressão *pacta sunt servanda*, ou seja, os pactos devem ser cumpridos, outorgando ao contrato força de lei entre as partes que dele participaram. (GOMES, 2007).

Juntamente com os princípios da igualdade formal dos agentes e relativismo dos efeitos do contrato (os efeitos dos contratos atingiriam apenas os contratantes), tais princípios consagram a visão clássica de contrato. Como explica Klein, V.,

o modelo clássico de contrato é bastante consistente, já que, ao tratar a liberdade de contratar como algo abstrato e histórico, permite que a força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda*) independa do contexto concreto, do momento histórico ou de qualquer outra questão conjuntural. Neste mundo ideal, não há espaço para uma igualdade que não seja meramente formal. Por fim, como a obrigatoriedade do contrato tem fundamento na vontade dos contratantes, os contratos têm efeitos apenas para estes, ou seja, para os que manifestaram vontade. (KLEIN, V., 2015, p. 166).

Esse era o modelo teórico que vigia no Código Civil Brasileiro de 1916, que teve vigência até início de 2003. Consagrando a autonomia da vontade, não havia espaço para controle judicial quanto a outras questões que não tratassem dos vícios de vontade, como erro, dolo ou coação.

Superado esse modelo, teve lugar o modelo social de contrato, cujos princípios principais são a função social do contrato, a boa-fé objetiva e a solidariedade contratual, consagrados pelo Código Civil de 2002.

É certo que os fundamentos tradicionais do contrato como a autonomia da vontade ainda permanecem, mas houve uma mudança substancial no conceito jurídico de contrato, já que a autonomia da vontade perdeu condição de elemento central, dando lugar ao interesse social. Como explica Marques

a nova concepção de contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha relevância (MARQUES, 2011, p. 210).

Assim, ganha relevância o princípio da boa-fé está previsto no artigo 422 do Código Civil⁴, exigindo que as partes tenham condutas corretas não só na fase preliminar ao contrato, mas também durante a sua execução e quando de sua extinção. É um dever de conduta, um agir consubstanciado na lealdade e respeito aos interesses legítimos, fazendo dele surgir deveres anexos, como, de informação, cooperação e de cuidado. (MARTINS COSTA, 2003).

Pode se dizer, assim, que a boa-fé é um princípio que induz a cooperação entre as partes. Por ser uma norma legal aberta, ou seja, que não traz em sua redação todas as especificações, tal princípio permite interpretações sobre o que seria ou não uma conduta de boa-fé, razão pela qual tal avaliação, muitas vezes ficará ao encargo do Poder Judiciário.

Em relação à função social do contrato, o princípio está previsto no artigo 421 do Código Civil⁵ determinando que o contrato deve ser visto como fator de alteração da realidade social, podendo ser um limitador do interesse das partes.

Isto é, como esclarece Silva Pereira (2016) a função social deverá limitar a autonomia da vontade das partes quando estiverem em confronto com o interesse social. Essa visão, é contrária a visão do modelo clássico de contrato em que a autonomia da vontade era central, sem qualquer limitação.

⁴ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁵ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Portanto, a análise do contrato pelo Poder Judiciário, atendendo ao modelo social de contrato, deverá observar a boa-fé objetiva e a função social do contrato, para além dos princípios basilares do modelo clássico como a autonomia da vontade, da obrigatoriedade e da relatividade dos efeitos do contrato.

Como se vê, o conceito de contrato na visão jurídica é diferente da operação econômica, ainda que ambos estejam ligados. Para a Economia o contrato é instrumento que visa promover a circulação de bens e serviços. Para o Direito é instituto que formaliza um acordo de vontades, que deve observar os princípios da boa-fé e da função social. Ademais, pode-se afirmar que o princípio da boa-fé tenderia a afastar condutas oportunistas dos contratantes.

Considerando que o contrato é instrumento utilizado pelas partes para as trocas, devem prever uma série especificações sobre a relação, principalmente as de longo prazo, como a que será objeto de análise nesse estudo. Diante disso, os próximos itens que serão analisados são a completude e a incompletude dos contratos, para, enfim, tratar da Teoria dos Custos de Transação.

3.2 OS CONTRATOS COMPLETOS

Os contratos completos seriam aqueles que apresentariam todas as especificidades de uma transação, como data, obrigações, preços, quantidades e todas as hipóteses de ocorrência de eventos futuros.

Com isso, a elaboração de um contrato completo exigiria das partes perfeita cognição do futuro, além da “disposição em obrigar-se em torno de inescrutáveis contingências, repartindo riscos e resultados futuros com base em estimativas e expectativas formadas pela investigação do passado”. (NATAL, 2014, p.6).

Em um contrato completo, a princípio, não haveria necessidade de verificação ou determinação adicional dos direitos e obrigações das partes durante sua execução, já que o instrumento delinearía todas as possibilidades de eventos futuros envolvidos com o objeto da contratação. (CATEB; GALLO, 2010, p.3).

De fato, considerando como base a teoria microeconômica que preza pelo livre funcionamento do mercado, o contrato seria apenas um ajuste entre partes, que em qualquer hipótese representaria o real interesse e levaria a um resultado maximização e eficiência. (ARAÚJO, 2007).

A eficiência buscada seria a de Pareto em que haveria uma situação ótima sempre que não fosse possível melhorá-la, em termos de utilidade ou riqueza, sem piorar a situação dos demais indivíduos (KLEIN, V., 2015). Essa eficiência, segundo Pinheiro e Saddi diferencia-se da eficiência segundo o critério Kaldor-Hicks que seria alcançada “sempre que o benefício for superior ao prejuízo experimentado por outro indivíduo”, levando em conta a soma dos efeitos líquidos em todos os agentes e não deles individualmente. (PINHEIRO; SADDI, 2005, p.120-121).

Para a teoria do equilíbrio-geral “todas as relações são ótimas e idênticas em termos de análise, a imposição sempre é perfeita e sem custos, bem como os contratos não possuem qualquer incompletude”. (KLEIN, V., 2015, p. 101).

Na verdade, dado que a solução encontrada pelos agentes é sempre ótima e maximiza os seus interesses, pode-se dizer que não há negociação de fato ele eles, nem mesmo barganha, já que não se admite nenhuma opção que não seja de maximização. Como ensina Klein, V.,

deste modo, o contrato nada mais é do que a formalização de algo que é previsível e corresponde ao comportamento que o agente iria adotar, mesmo sem a redação de determinada cláusula contratual. Assim, se o contrato é sempre eficiente, ele não é nada mais do que a indicação por escrito do comportamento racional maximizador de cada agente. (KLEIN, V., 2015, p.101).

Essa visão esvaziou a análise dos contratos na economia, que só é recuperada quando a teoria dos contratos na Microeconomia faz superar o modelo de equilíbrio geral, com a substituição de uma teoria de equilíbrio parcial. Isso se dá, essencialmente, segundo Araújo em razão de “seu irrealismo e de sua insensibilidade às determinações estratégicas de conduta dos agentes econômicos económicos, mas também por causa de seus extremos de abstração, traduzidos na recusa de admissão de ‘perturbações’”. (ARAÚJO, 2007, p.37-38).

No mesmo sentido, que explicam Hart e Holmstron houve um crescente interesse as teorias contratuais, sendo que esse movimento pode ser visto como uma reação a compreensão da teoria padrão de concorrência perfeita e mercados completos, percebendo-se que este modelo era insuficiente para explicar fatores econômicos importantes. Assim, passou-se a estudar detalhadamente o processo de contratação, incluindo suas imperfeições, afastando-se do modelo idealizado e adequando a melhor a realidade. (HART; HOLMSTRON, 1985).

De fato, acreditar que o contrato pode garantir *ex ante* seu equilíbrio ao longo de sua vigência, assim como todas as ocorrências futuras que possam impedir seu cumprimento, implica supor que

os preços refletem toda a informação relevante (o que é verdadeiro somente no modelo ideal da competição perfeita) e as mudanças no ambiente externo relevante (o que não é verdadeiro para nenhum modelo de organização de mercados) ou que as imperfeições deste sinalizador (notadamente, os riscos derivados de comportamentos não-antecipados dos preços relativos) possam ser objeto de repartição justa e/ou eficiente entre as partes no âmbito das disposições contratuais. (NATAL, 2014, p.9).

Tomando por base tais premissas, é correto afirmar que a existência de um contrato completo é a exceção, principalmente quando tratamos do cumprimento de longo prazo, uma vez que dificilmente será possível fazer o levantamento de todas as circunstâncias que irão afetar sua execução. Como ensinam Cateb e Gallo

apesar do enorme estudo, análise e pesquisa antes da elaboração do contrato, este pode não ser perfeito, e quase nunca o é visto que existe a possibilidade das partes não serem capazes de antecipar, identificar e descrever respostas ótimas aos eventos futuros (racionalidade limitada). (GATEB; GALLO, 2010, p 5).

Mais do que isso, como explica Natal (2014) a pretensão de se alcançar a completude do contrato demandaria a utilização de recursos econômicos e humanos especializados, razão pela qual “supõe-se a existência de um *trade-off* necessário entre seu grau de completude e os custos para alcançá-lo”. (NATAL, 2014, p.10).

Citando o Teorema de Coase e conceituando o contrato perfeito, dado sua completude, Cooter e Ulen destacam que

According to the Coase Theorem, given zero transaction costs, rational parties will allocate legal entitlements efficiently. This proposition applies to contracts. When transaction costs are zero, the contract is a perfect instrument for exchange. Every contingency is anticipated; every risk is internalized; all relevant information is communicated; no gaps remain for courts to fill; no one needs the court's protection from deceit or abuse; nothing can go wrong. Perfect contracts pose no conundrums of interpretation. The parties need the state to enforce a perfect contract according to its plain meaning, but nothing more is required. (COOTER; ULEN, 2016 p. 291-292)

Conforme destacam Medema e Zerbe Júnior o Teorema de Coase define que na situação de concorrência perfeita os custos provados e sociais serão iguais. (MEDEMA; ZERBE JUNIOR, 1999). Nessa situação, os direitos poderiam ser

negociados livremente, haveria alocação eficiente dos recursos, com a internalização das externalidades ao contrato.

Como destaca Zylbersztajn e Sztajn (2005, p. 1) “Coase explicou que a inserção dos custos de transação na Economia e na Teoria das Organizações implica a importância do Direito na determinação de resultados econômicos”, enfatizando que no mundo real os custos de transação são positivos. Em relação à importância para a teoria dos contratos, os autores seguem advertindo que

Se a “firma” pode ser entendida como um nexo de contratos, então problemas de quebras contratuais, de salvaguardas, de mecanismos criados para manter os contratos e, especialmente, mecanismos que permitam resolver problemas de inadimplemento, total ou parcial, dos contratos, sejam tribunais ou mecanismos privados, passam a ter lugar de destaque na Economia. (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN, 2005, p. 7)

Contudo, tal presunção é irreal, tendo em vista que eles são positivos e oneram as partes. Além dos custos transacionais para a obtenção de informação, que inviabilizam a existência de um contrato completo, também há que se considerar que haveriam custos de policiamento, relacionada a fiscalização do cumprimento do contrato, e de solução de disputas judiciais ou não quando se verificarem violações, “o que nos leva a crer que dificilmente as práticas empresariais chegarão a ponto de elaborar contratos que sejam considerados no todo completos, com previsão de todas as possíveis contingências”.(GALLO, 2009, p. 54).

Por fim, vale destacar o ensinamento de Posner, E., (2010) sobre as razões pelas quais inexistem contratos completos. Para o autor

um contrato completo, teoricamente, descreveria todos os riscos possíveis, mais os custos de transação – incluindo o custo da negociação e de redação do contrato; a possibilidade de previsão de eventos de pouca probabilidade tornam todos os contratos incompletos. Ademais, as partes podem escolher alguns termos ou evitar outros por razões estratégicas, no intuito de explorar um poder de barganha superior ou de valer-se de uma assimetria de informação. Assim, contratos são usualmente bastante incompletos. Por conta disso, as partes se valem dos costumes, dos usos comerciais, e, no final, dos tribunais para completar os termos do contrato. (POSNER, E., 2010, p.17).

Partindo, então, dada a premissa da impossibilidade de elaboração de contratos completos, passa a se analisar os contratos incompletos.

3.3 OS CONTRATOS INCOMPLETOS

Para o presente estudo, importa os contratos incompletos. Incompletude, antes de mais nada, advém da impossibilidade de o contrato, assim como o Direito, prever todas as situações possíveis e normatizá-las, tornando-se essencial a interação das teorias econômicas com as proposições jurídicas.

De fato, segundo a teoria econômica, os contratos, sejam eles onerosos ou não, são sempre incompletos, já que “é impossível pressupor todos os acontecimentos ou eventos que poderão ter lugar entre os seres humanos, em especial no futuro” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 117). É o que explica o artigo *Contract Theory* quando esclarece que

even if performance can be evaluated ex post, it may be difficult to write a sufficiently detailed contract ex ante, specifying exactly what aspect of performance will be rewarded. Finally, even if such a contract could be written, it may be difficult to enforce it, because a third party (e.g., a judge) may not be able to verify the performance ex post. In view of the difficulties involved in writing and enforcing detailed contracts, it is not surprising that many of the contracts we actually observe are highly incomplete. (THE ROYAL SWEDISH ACADEMY OF SCIENCES, 2016, p. 17).

Com a aceitação da incompletude do contrato, se afasta o pressuposto de completude contratual, por ter-se demonstrado que não há como estabelecer uma disciplina específica para todos os eventos que poderiam ocorrer, interferindo na execução das obrigações pelos contratantes. Ademais, a tentativa de se especificar todas as contingências possíveis no contrato seria uma atividade custosa, sujeita a condições de incerteza. (CAMINHA; LIMA, 2014, p. 157).

Conforme destaca Zylbersztajn:

Os contratos definidos entre os agentes econômicos são incompletos, uma vez que não existe a capacidade de antecipar todas as contingências futuras. Se fosse possível desenhar contratos completos, não existiria problema para as organizações se estruturarem e os problemas gerados a partir do comportamento ético seriam antecipados e tratados com cláusulas de salvaguarda. (ZYLBERSZTAJN, 2002, p. 11-12).

Com isso, embora as partes promovam estudos e pesquisas antes da elaboração do contrato “este pode não ser perfeito, e quase nunca o é visto que existe a possibilidade de as partes não serem capazes de antecipar, identificar e descrever respostas ótimas aos eventos futuros (racionalidade limitada). (GALLO, 2009, p. 56).

Sendo assim, os contratos incompletos são definidos como “instrumentos cujo desempenho de seus termos contratuais deixam ganhos potenciais da transação irrealizados, face às informações disponíveis para os agentes e para as cortes de justiça” (CATEB; GALLO, 2010, p. 2).

Mais do que isso, “com base no fato de que o desenho de contratos que consideram todas as contingências possíveis é custoso a teoria considera que os agentes deixam lacunas contratuais que serão preenchidas *a posteriori*” (SZTAJN, ZYLBERSZTAJN, AZEVEDO, 2005, p. 109). Isto é, dado que os agentes têm conhecimento de que não poderiam prever todas as situações futuras possíveis, eles assumem o risco de que no momento oportuno a lacuna poderá ser preenchida de forma eficiente.

Como visto, qualquer que seja a transações os agentes econômicos não conseguem prever todas as situações futuras, constituindo contratos incompletos. Isso se dá porque

os indivíduos possuem racionalidade limitada e comportamento oportunista, acarretando o surgimento de custos de transação, que poderiam ser minimizados pela cooperação das partes contratantes no momento da execução do objeto contratual. Também a assimetria informacional se junta ao oportunismo dos agentes para restringir a elaboração de contratos completos, causando custos de transações. Tais custos associam-se a coletas de informações, à elaboração e negociação dos contratos, além dos custos pós-contratuais, decorrentes da inexecução das obrigações. (CATEB; GALLO, 2010, p. 2).

Isto é, as partes não têm certeza de que o contrato será executado nos termos contratados, sendo que a incerteza decorre da existência de custos de transação, racionalidade limitada, oportunismo negocial e assimetria de informações, presentes na formação do contrato. (CAMINHA; LIMA, 2014).

A solução para a incompletude do contrato dependerá da teoria econômica analisada, mas podem ser classificadas em soluções “intra contrato”, em que são estabelecidas soluções internas, como a constituição de salvaguardas e provisões, e “extra contrato” dando destaque ao papel do poder judiciário e da arbitragem.

Assim, podem ser definidas como fontes da incompletude dos contratos (i) racionalidade limitada; (ii) a assimetria de informações; (iii) o oportunismo dos agentes; e (iv) os custos de transação, que serão abordados ainda nessa seção.

3.3.1 Racionalidade limitada

A racionalidade limitada pode ser definida como uma racionalidade imperfeita, considerando a escolha racional, mas também as limitações cognitivas dos indivíduos. Segundo Simon (1991, v. I, p. 266) *“the term ‘bounded rationality’ is used to designate rational choice that takes into account the cognitive limitations of the decision-maker – limitations of both knowledge and computational capacity”*.

Essa limitação, seria em decorrência da incerteza que é decorrente da incapacidade de os agentes conhecer todas as alternativas possíveis, bem como pela precariedade de estimação e alocação de riscos, caracterizada pela incapacidade de os agentes converter incerteza em risco.

Em outras palavras, pode-se definir a racionalidade limitada pela constatação de que o ambiente econômico é complexo e os agentes econômicos, ainda que atuem racionalmente, não conseguem processá-lo de forma completa, sempre atuando e tomando decisões com uma parcela da realidade.

3.3.2 Assimetria de informação

Conforme já descrito, para a teoria que considerava os contratos completos, todos os agentes econômicos poderiam observar os interesses existentes na negociação de forma perfeita, de modo que a informação seria simétrica para todos os envolvidos.

Contudo, tal suposição não é atenta à realidade, uma vez que impossível ao agente ter conhecimento, em uma negociação, de todos os interesses envolvidos e o que é buscado por um ou por outro agente, existindo informações assimétricas. Assim, informação assimétrica é definida como *“situations where one economic agent knows something that another economic agent doesn’t.”* (VARIAN, 1992).

Admitir a existência de informação assimétrica em vários problemas econômicos, deu uma nova visão de como as falhas de mercado podem surgir, assim como se podem existir correções (POSTLEWAITE, 1991), inclusive pelo Poder Judiciário que é objeto de estudo.

Essas diferenças de informação podem referir-se ao objeto da transação em si, ou mesmo, à aspectos de preço e qualidade, cuja falta de acesso a ela altera a percepção do agente econômico. Como ensinam Cooter e Ulen

People often trade because they have different expectations about whether the price of a good will rise or fall, as in stock markets. In such circumstances, at least one of the parties is misinformed. If people make contracts premised upon misinformation that they gathered for themselves, then the fact that the contract is based on misinformation does not excuse them from their contractual duties. (COOTER; ULEN, 2016 p. 297).

Ademais, como as informações são essenciais a formulação do contrato e a análise do seu cumprimento, a disparidade entre as informações que as partes possuem podem gerar situações de seleção adversa⁶ ou risco moral⁷. Tais problemas, seriam corrigidos segundo Williamson com “*would vanish if individuals candidly disclosed their true attributes (the absence of opportunism)*” e “*would vanish if ex post behavior were costlessly known to all parties (a strong variety of unbounded rationality)*”, respectivamente. (WILLIAMSON, 1996, p. 15).

3.3.3 Oportunismo

Oportunismo é definido por Williamson como condição de interesse próprio buscado pelo agente econômico, ou nas palavras do autor “*self-interest seeking with guile*” (WILLIAMSON, 1996, p.6), sendo decorrente da assimetria de informações. Trata-se de uma estratégia do agente para maximização de seus interesses.

O oportunismo pode ocorrer antes da contratação ou posteriormente a ela. *Ex ante* ocorre quando o agente tem conhecimento prévio de que não cumprirá o que foi contratado, *ex post* quando dada as informações que possui ou da divergência de interesses, o agente tenta obter vantagens em face do outro contratante.

Com a finalidade de afastar tal comportamento, os agentes devem utilizar mecanismos de salvaguardas ou precauções, incentivando o comportamento esperado dos agentes.

3.3.4 Custos de transação

Como visto anteriormente, em uma contratação os agentes envolvidos estão sujeitos a racionalidade limitada, a assimetria de informações e ao oportunismo,

⁶ A seleção adversa ocorre quando um dos contratantes não possui uma informação privada que o outro contratante não consegue observar de forma perfeita antes da contratação.

⁷ Risco moral é quando após a celebração do contrato um dos contratantes, para maximizar sua utilidade, desrespeita o contrato, sendo que o outro contratante não consegue responder a esse descumprimento de forma eficiente.

acarretando o surgimento dos custos de transação, que impedem a elaboração de um contrato completo. (CAMINHA; LIMA, 2014).

Como citado no capítulo anterior, os custos de transação são objeto da Nova Escola Institucional. As aplicações a teoria dos contratos serão tratadas em subitem próprio, bastando aqui a apresentação de um conceito.

Custos de transação são definidos como obstáculos que as partes enfrentam em uma negociação. Tal conceito, foi inicialmente abordado por Coase, nos termos já apresentados neste trabalho, com posterior elaboração de seu teorema por George Stigler. (KLEIN, V., 2015).

Posteriormente, Williamson (1985, p.20) afirmou que a economia de custos de transação coloca o problema da organização econômica como um problema de contratação e os custos nela envolvidos. O autor divide os custos de transação *ex ante* e *ex post*, nos seguintes termos:

Transaction costs of ex ante and types are usefully distinguished. The first are the costs of drafting, negotiating, and safeguarding an agreement. This can be done with a great deal of care, in which case a complex document is drafted in which numerous contingencies are recognized, and appropriate adaptations by the parties are stipulated and agreed to in advance. Or the document can be very incomplete, the gaps to be filled in by the parties as the contingencies arise. Rather, therefore, than contemplate all conceivable bridge crossings in advance, which is a very ambitious undertaking, only actual bridge-crossing choices are addressed as events unfold. (...)

Ex post costs of contracting take several forms. These include (1) the maladaptation costs incurred when transactions drift out of alignment in relation to what Masahiko Aoki refers to as the "shifting contract curve" (2) the costs incurred if bilateral efforts are made to correct misalignments, (3) the setup and running costs associated with the governance structures (often not the courts) to which disputes are referred, and (4) the bonding costs of effecting secure commitments. (WILLIAMSON, 1985, p.20-21)

Como se vê, independentemente da divisão proposta, deve-se entender que os custos de transação são todos os custos ligados à contratação, seja na busca de informações, seja na formalização do contrato, seja na sua monitoração ou adoção de mecanismos para seu cumprimento.

Os custos de transação estão ligados à situação de incerteza, sendo que a intervenção pelo Poder Judiciário atua diretamente no aumento ou diminuição, dependendo da previsibilidade ou não das decisões judiciais.

Com a definição das principais causas da incompletude dos contratos, no próximo item será abordada a Teoria dos Custos de Transação, da visão de como

entendem o contrato e a intervenção pelo Poder Judiciário para, na sequência, a fazer a análise de estudo de caso.

3.5 A TEORIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Como já mencionado a teoria dos custos de transação é objeto de estudo da Nova Escola Institucional, como crítica a teoria neoclássica e a presunção de perfeição de mercado. Ademais, como apresentado Coase foi quem pontuou que os resultados neoclássicos de mercados eficientes apenas na ausência de custos de transação. Existindo custos de transação positivos, tem importância as instituições. (NORTH, 1992).

Conforme aponta Araújo, essa teoria atenta-se, de um lado, para como os custos condicionam as escolhas das partes “seja através do mecanismo de preços, seja através de uma via alternativa, e por outro lado na forma como a lei pode, influenciando esses custos, presidir a esse condicionamento”. (ARAÚJO, 2007, p. 162).

A definição apresentada por Williamson é a seguinte

Transaction cost economics maintains that it is impossible to concentrate all of the relevant bargaining action at the ante contracting stage. Instead, - bargaining is pervasive on which account of private ordering and the study of contracting in its entirety take on critical economic significance. The behavioral attributes of human agents, whereby conditions of bounded rationality and opportunism are joined, and the complex attributes of transactions (with special reference to the condition of asset specificity) are responsible for that condition. (WILLIAMSON, 1985, p.29)

Assim, a teoria pressupõe que as partes são munidas de racionalidade limitada, sendo que os indivíduos são racionais, mas limitados em termos cognitivos, sendo que isso já é suficiente para a redução de custos de transação, chegando a uma solução satisfatória (mas não ótima, como era esperado pela teoria neoclássica). (KLEIN, V., 2015).

A teoria dos custos de transação também assume como premissa comportamental o oportunismo das partes, que é mais forte do que o simples interesse, dada a assimetria de informações. (KLEIN, V., 2015). Trata-se de uma preocupação da teoria que sustenta que o contrato “é susceptível de, com algumas

ajudas e emendas, se transformar num veículo de colaboração estável entre as partes. (ARAÚJO, 2007, p. 208).

Conforme destaca Zylbersztajn (2000, p. 12) Williamson não defende que todos os agentes sejam oportunistas, ou mesmo, o mesmo o tempo todo, mas que em algum momento poderiam sê-lo, sendo essa hipótese suficiente para que sejam demandadas respostas organizacionais. O mesmo autor destaca que

se assumirmos o comportamento benigno, todos os problemas seriam resolvidos por acordos gerais. Já na presença de oportunismo, assumindo racionalidade limitada e contratos incompletos, as transações irão beneficiar-se se salvaguardas apropriadas forem definidas *ex ante*. (ZYLBERSZTAJN, 2000, p. 12).

Além de considerar também a assimetria de informações e os custos de informação, a teoria também considera a especificidade dos ativos como dimensão de relevância, como adverte Williamson

transaction cost economics further maintains that the most critical dimension for describing transactions is the condition of asset specificity. Parties engaged in a trade that is supported by nontrivial investments in transaction-specific assets are effectively operating in a trading relation with one another. Harmonizing the contractual interface that joins the parties, thereby to effect adaptability and promote continuity, becomes the source of real economic value. (WILLIAMSON, 1985, p. 30).

A especialidade dos ativos é definida, então, como possibilidade de um ativo ser realocado para utilização alternativa, sem sacrifício de seu valor. Alinhada a esse conceito está a ideia de incerteza comportamental do agente econômico que é agravada pela especialidade do ativo. (KLEIN, P.G., 1999).

Dada a incompletude do contrato e demais características apresentadas, torna-se imperativa a existência de mecanismos de governança para solucionar os conflitos após a contratação. Os mecanismos de governança seriam (i) a intensidade dos incentivos; (ii) o comando e controle administrativo; e (iii) o regime jurídico contratual, que são descritos por Klein, V., como

A intensidade do incentivo é forte quando o fluxo de receitas líquidas é apropriado de forma autônoma pelo agente, e fraca quando são utilizados esquemas custosos de recompensa. Já o comando e controle administrativo são fortes quando a propriedade unificada permite que as disputas sejam resolvidas por um superior comum aos agentes. Por fim, quanto ao regime jurídico ele é forte se a imposição dá-se por meio de normas jurídicas

impostas por tribunais e fraco se eles são resolvidos no âmbito da ordem privada. (KLEIN, V., 2015, p. 145).

No presente estudo o foco será por meio do terceiro tipo de governança e a decisão adotada pelo Poder Judiciário nos casos de crise na execução dos contratos. Isso porque, “a presença de um ordenamento jurídico atuante será indispensável para combater condutas oportunistas”. (CAMINHA; LIMA, 2014, p. 181).

Vale destacar que a Teoria dos Custos de Transação tem preferência pela resolução dos conflitos, no curso da execução do contrato pelas partes, afastando-se do centralismo jurídico, pois isso reduziria os custos de transação. Ainda assim, trata-se de uma teoria institucional que prevê a importância das instituições, que também teriam por objetivo a redução dos custos de transação, por isso tal abordagem será utilizada no presente estudo.

Apresentadas as teorias econômicas que tratam da análise do contrato, no próximo capítulo será a apresentação a importância das decisões pelo Poder Judiciário, seguido do capítulo com a análise de caso.

4 ANÁLISE DE CASO: OS CONTRATOS DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA E A INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL

Definidas as teorias econômicas que serão objeto da análise, passa-se ao estudo de caso, apresentando-se os casos em que serão objeto de julgamento definitivo pelo Superior Tribunal de Justiça. Antes, porém, será apresentado uma análise das promessas de compra e venda de imóveis, para, posteriormente, apresentar a discussão da inversão da cláusula moratória.

4.1 PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS⁸

A promessa de compra e venda nada mais é que um contrato preliminar que traz em si todas as obrigações assumidas pelas partes, cuja formalização dependerá de um contrato definitivo.

Segundo Pontes de Miranda a promessa de compra e venda é o “contrato pela qual as partes se obrigam a concluir outro negócio, sendo essencial à noção do pré-contrato que se obrigue alguém a concluir contrato ou outro negócio jurídico” (1997, p. 30).

Portanto, não há venda em si, mas uma promessa de vender e de comprar em momento futuro, de modo que não há transmissão de propriedade (SCAVONE JUNIOR, 2016), até porque a transmissão da propriedade somente se dá por meio do registro da escritura pública no registro de imóveis.

O contrato preliminar é um tipo de contrato previsto nos artigos 462 a 466⁹ do Código Civil e deve trazer todas as especificidades do contrato definitivo.

⁸ A denominação promessa de compra e venda é utilizada pelo Código Civil, contudo muitas decisões judiciais e mesmo contratos utilizam-se da denominação compromisso, em decorrência de a Lei n. 6.766/1979, que tratou do parcelamento do solo ter consagrado a segunda denominação. Vale ressaltar que são institutos diferentes, mas serão utilizados como se sinônimos fossem para fins deste estudo.

⁹ Art. 462. O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado.

Art. 463. Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive. Parágrafo único. O contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente.

Art. 464. Esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação.

Art. 465. Se o estipulante não der execução ao contrato preliminar, poderá a outra parte considerá-lo desfeito, e pedir perdas e danos.

A promessa de compra e venda é prevista nos artigos 1417 e 1418¹⁰ do Código Civil, sendo caracterizada como “a promessa irrevogável de venda, pela qual as partes convencionam que, concluído o compromisso, não cabe mais arrependimento”. (VALEZA, 2012).

Rizzardo (2017) aponta que tal contrato é de promessa de venda de construção para o incorporador ou construtor e a promessa de pagamento do comprador, destacando que

o incorporador se compromete a construir, fixando um preço a que chegará a unidade, preço esse que será reajustável ou certo, definido ou fechado; compromete-se também, a entrega-la em um momento situado no tempo; por último, firma a palavra de que efetuará a transferência, mediante um contrato definitivo e a abertura de matrícula de imóvel concluído. Já o adquirente promete adquirir e a pagar o preço estabelecido em prestações. (RIZZARDO, 2017, p. 462).

Não há, aqui, necessidade de confirmação ou declaração de vontade pelas partes quando da elaboração do contrato definitivo, tanto é assim que se não for outorgada a escritura definitiva pode-se buscar o suprimento do ato via Poder Judiciário. (VALENZA, 2012).

Fixadas as características da promessa de compra e venda, bem como as disposições previstas no Código Civil, faz-se necessária a análise da aplicação do Código de Defesa do Consumidor a tais contratos, tendo em vista que a sua aplicação é um dos fundamentos utilizados na discussão abordada neste trabalho, qual seja, a possibilidade de aplicação da cláusula penal de forma inversa, em favor do comprador.

A aplicação do diploma consumerista dependerá da caracterização do promissário comprador como destinatário final ou não do imóvel, nos termos do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Art. 466. Se a promessa de contrato for unilateral, o credor, sob pena de ficar a mesma sem efeito, deverá manifestar-se no prazo nela previsto, ou, inexistindo este, no que lhe for razoavelmente assinado pelo devedor.

¹⁰ Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.

Art. 1.418. O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.

(BRASIL, 1990). De todo modo, em regra, aplicam-se as disposições consumeristas aos contratos de promessa de compra e venda de imóveis. Vale ressaltar, desde já, que não há exclusão na aplicação das normas, com diálogo entre as fontes.

Considerando como premissa a aplicação das disposições do Código de Defesa do Consumidor, importa, aqui, estabelecer as balizas da interpretação pelo Poder Judiciário de sua aplicação.

É que, como visto, a concepção tradicional de contrato, em que a lei tinha como principal objetivo proteger a manifestação de vontade, com intervenção mínima pelo Poder Judiciário, restou superada (NIED, 2012), dando lugar a visão social de contrato.

Nesse contexto, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu uma série de limitações ao conteúdo dos contratos de consumo, dentre os quais as cláusulas contratuais entendidas como abusivas, cujo rol não taxativo está disposto no artigo 51¹¹ desse diploma legal.

Assim, a análise pelo Poder Judiciário não poderá ser a simples aplicação das disposições contratuais, mas também deverá ser feita interpretação de suas cláusulas verificando se estão de acordo com os preceitos do modelo social de contrato.

No próximo subitem será analisada especificamente a cláusula contratual que está sendo objeto de debate, pontuando-se as discussões e interpretações possíveis, sem qualquer pretensão de tratar dos seus aspectos jurídicos, mas apenas para delimitação da análise, incluindo, inclusive, os casos que estão pendentes de definição pelo Superior Tribunal de Justiça.

¹¹ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código; III - transfiram responsabilidades a terceiros; IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; V - (Vetado); VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem; VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor; IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor; XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais; XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

4.2 A POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DA CLÁUSULA MORATÓRIA

Para melhor entendimento do objeto de discussão sobre a abusividade ou não da cláusula penal, apresenta-se o seguinte modelo da referida cláusula:

Caso não sejam pagas no seu vencimento, as parcelas ficarão sujeitas, até seu efetivo pagamento, a reajuste *pro rata* de ao índice pactuado e vigente no mês do pagamento; a juros moratórios em conformidade com o artigo 406 do Código Civil Brasileiro, ou seja, fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional; e mais à multa de 2% (dois por cento), calculados sobre o valor do débito atualizado. (RIZZARDO, 2017, p. 269).

Essa cláusula comum a todos os contratos de longo prazo, que preveem o pagamento do preço parcelado, é prevista para o caso em que o contratante que deva efetuar o pagamento do preço não o faça na forma e data contratada.

Isto é, caso o contratante atrase o pagamento de parcela do preço, ele deverá efetuar o pagamento do valor original, acrescido de juros, correção monetária e multa, na forma estipulada na cláusula penal.

Essa cláusula contratual é denominada de cláusula penal moratória, nos termos do artigo 409 do Código Civil¹², ao prever que ela poderá ser estabelecida em relação à mora, sendo que se distingue da cláusula penal compensatória por não estar tratando do descumprimento total do contrato.

A distinção entre cláusula penal moratória e compensatória tem relevância dada a possibilidade de exigi-las conjuntamente ou não com o pedido de reparação de danos, em uma ação judicial.

Por ser o comprador que deve pagar o preço da unidade imobiliária, tal cláusula é comumente prevista na promessa de compra e venda em desfavor daquele que compra o imóvel, portanto, entendido como consumidor.

Quando houve o aumento das ações propostas pelos promitentes compradores, em razão do atraso na entrega da obra, uma das pretensões dos consumidores era a aplicação inversa da referida cláusula em desfavor dos promitentes vendedores, para o período de atraso.

¹² Art. 409. A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora.

Assim, no presente caso, a discussão sobre a abusividade da cláusula moratória se dá nos casos em que há previsão contratual apenas em desfavor do consumidor. Isto é, não há previsão de uma compensação específica para o caso de atraso na entrega da obra, em favor do comprador.

A razão do pedido de inversão da cláusula, é que ela seria criadora de vantagem unilateral ao fornecedor, sem correspondente vantagem ao comprador.

Outro fundamento, seria a aplicação do princípio do equilíbrio contratual, já que estando prevista uma cláusula em desfavor do consumidor, deveria ser previsto uma cláusula com o mesmo fundamento, em desfavor do consumidor, sob pena de configurar uma cláusula abusiva.

Inicialmente as ações fundavam-se no julgamento do Recurso Especial 955.134/SC¹³, julgado em 16/08/2012, de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão. Nesse caso, a ação tratava da rescisão do contrato, pelo promissário comprador, dado o atraso na entrega do imóvel.

Na ocasião o Ministro Relator destacou não existir regra expressa no Código de Defesa do Consumidor que determine a inversão, em favor de consumidor, de cláusula penal que amparava exclusivamente o fornecedor. Contudo, o Ministro destacou a necessidade de que as relações entre consumidores e fornecedores sejam equilibradas, sendo direito básico do consumidor a igualdade nas contratações. Além

¹³ O julgado possui a seguinte ementa, resumida aos pontos de interesse a este trabalho: DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESCISÃO POR CULPA DA CONSTRUTORA (VENDEDOR). DEFEITOS DE CONSTRUÇÃO. ARBITRAMENTO DE ALUGUÉIS EM RAZÃO DO USO DO IMÓVEL. POSSIBILIDADE. PAGAMENTO, A TÍTULO DE SUCUMBÊNCIA, DE LAUDO CONFECCIONADO EXTRAJUDICIALMENTE PELA PARTE VENCEDORA. DESCABIMENTO. EXEGESE DOS ARTS. 19 E 20 DO CPC. INVERSÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL QUE PREVIA MULTA EXCLUSIVAMENTE EM BENEFÍCIO DO FORNECEDOR, PARA A HIPÓTESE DE MORA OU INADIMPLENTO DO CONSUMIDOR. POSSIBILIDADE. 1. Apesar de a rescisão contratual ter ocorrido por culpa da construtora (fornecedor), é devido o pagamento de aluguéis, pelo adquirente (consumidor), em razão do tempo em que este ocupou o imóvel. (...) 2. Seja por princípios gerais do direito, seja pela principiologia adotada no Código de Defesa do Consumidor, seja, ainda, por comezinho imperativo de equidade, mostra-se abusiva a prática de se estipular penalidade exclusivamente ao consumidor, para a hipótese de mora ou inadimplemento contratual, ficando isento de tal reprimenda o fornecedor - em situações de análogo descumprimento da avença. Assim, prevendo o contrato a incidência de multa moratória para o caso de descumprimento contratual por parte do consumidor, a mesma multa deverá incidir, em reprimenda do fornecedor, caso seja deste a mora ou o inadimplemento. Assim, mantém-se a condenação do fornecedor - construtor de imóveis - em restituir integralmente as parcelas pagas pelo consumidor, acrescidas de multa de 2% (art. 52, § 1º, CDC), abatidos os aluguéis devidos, em vista de ter sido aquele, o fornecedor, quem deu causa à rescisão do contrato de compra e venda de imóvel. 3. Descabe, porém, estender em benefício do consumidor a cláusula que previa, em prol do fornecedor, a retenção de valores a título de comissão de corretagem e taxa de serviço, uma vez que os mencionados valores não possuem natureza de cláusula penal moratória, mas indenizatória. 4. (...) (REsp 955.134/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 29/08/2012)

disso, pontuou que a Portaria nº 4, de 13/3/1998, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça entendeu como abusiva a cláusula que previsse sanção para o caso de atraso ou descumprimento da obrigação somente em favor do consumidor. Por essas razões, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento de que “prevendo o contrato a incidência de multa moratória para o caso de descumprimento contratual por parte do consumidor, a mesma multa deverá incidir, em reprimenda do fornecedor, caso seja deste a mora ou o inadimplemento.” (STJ)

Ainda que a questão tratasse de casos de rescisão de contrato, tal entendimento foi importado para os casos de reparação de danos em razão do atraso na entrega da obra.

A partir de então, houve multiplicidade de processos tratando da questão, tanto da possibilidade de inversão dessa cláusula em desfavor do promitente vendedor, como a cumulação dela com as demais pretensões de reparação de danos.

Ante a relevância do tema e a ausência de uniformidade das decisões o Superior Tribunal de Justiça afetou o julgamento dos foram afetados em julgamento os Recursos Especiais n. 1635428/SC e 1498484/DF para definição da possibilidade de inversão da cláusula, sob o regime de recursos repetitivos,¹⁴ sendo estabelecido como Tema Repetitivo 971, cuja decisão possui a seguinte ementa, que vale para ambos os recursos:

PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS NA PLANTA. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. CONTROVÉRSIA ACERCA DA POSSIBILIDADE DE INVERSÃO, A FAVOR DO CONSUMIDOR, DA CLÁUSULA PENAL. 1. Delimitação da controvérsia: Definir acerca da possibilidade ou não de inversão, em desfavor da construtora (fornecedor), da cláusula penal estipulada exclusivamente para o adquirente (consumidor), nos casos de inadimplemento em virtude de atraso na entrega de imóvel em construção objeto de contrato ou de promessa de compra e venda. 2. RECURSO ESPECIAL AFETADO AO RITO DO ART. 1.036 CPC/2015. (ProAfR no REsp 1614721/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/04/2017, DJe 03/05/2017) (STJ, 2017).

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o equilíbrio contratual entre as partes e a abusividade da cláusula que favorece apenas o promitente vendedor

¹⁴ Conforme já esclarecido, o julgamento de recursos repetitivos é previsto no artigo 1.036 do Código de Processo Civil, para os casos em que os recursos de competência dos Tribunais Superiores, com fundamento em idêntica questão de direito, sejam julgados uma única vez, valendo a decisão para todas as instâncias inferiores, sendo determinado, inclusive, a suspensão das ações que tramitam nas instâncias inferiores até a definição da questão.

são os argumentos utilizados por aqueles que defendem a possibilidade de inversão da cláusula.

Há, por outro lado, quem entenda pela impossibilidade de o julgador inovar no contrato. Seguindo esta orientação o Tribunal de Justiça de São Paulo consolidou entendimento na Súmula 159, prevendo que

“é incabível a condenação da vendedora ao pagamento de multa ajustada apenas para a hipótese de mora do comprador, afastando-se a aplicação da penalidade por equidade, ainda que descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de venda e compra. Incidência do disposto no artigo 411, do Código Civil.” (TJSP, 2017).

Do mesmo modo, além da possibilidade de inversão da cláusula penal, há a discussão da possibilidade de cumulação com outras verbas indenizatórias, que também seriam decorrentes da mora da construtora ou do incorporador.

Aqui, os Recursos Especiais n. 1614721/DF e n. 1631485/DF é que serão julgados pelo Superior Tribunal de Justiça e definirão a questão, ambos possuem a seguinte ementa:

PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS NA PLANTA. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. CONTROVÉRSIA ACERCA DA POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES COM A CLÁUSULA PENAL. 1. Delimitação da controvérsia: Definir acerca da possibilidade de cumulação ou não da indenização por lucros cessantes com a cláusula penal, nos casos de inadimplemento do vendedor em virtude do atraso na entrega de imóvel em construção objeto de contrato ou promessa de compra e venda. 2. RECURSO ESPECIAL AFETADO AO RITO DO ART. 1.036 CPC/2015. (ProAfR no REsp 1635428/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/04/2017, DJe 03/05/2017) (STJ, 2017)

Para aqueles que entendem que não há possibilidade de cumulação das sanções, entende-se que para o caso de atraso na entrega da obra, em que não se discute a rescisão contratual, mas apenas a reparação de danos, essa seria promovida por meio da condenação do compromissário comprador ao pagamento de lucros cessantes ou danos materiais, pelo período de atraso, também conforme

entendimento jurisprudencial já pacificado e que tem fundamento na disciplina da reparação civil estabelecida no Código Civil, nos artigos 927¹⁵ e 402¹⁶.

Ademais, como já mencionado, a questão da cumulação depende da definição da natureza jurídica da cláusula penal que prevê os encargos da mora no compromisso de compra e venda. Se dela ficar evidente o seu caráter compensatório, poderia ser aplicada conjuntamente, mas se a cláusula tiver caráter moratório não, pois ambas as condenações estariam punindo a mora da promitente vendedora, quando do atraso na entrega da obra, configurando dupla condenação civil pelo mesmo fato, que não é aceito no ordenamento jurídico.

Não se pretende aqui fazer uma análise de qual entendimento é adequado ou não, mas apenas delimitar a discussão para que, com essa apresentação, seja possível analisar os resultados decorrentes da interpretação da questão pelo Poder Judiciário, com fundamento nas teorias econômicas apresentadas anteriormente. É o que se passa analisar no próximo capítulo.

¹⁵ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

¹⁶ Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

5 A ANÁLISE DOS CONTRATOS PELO PODER JUDICIÁRIO

Partindo do fato de que os contratos não preveem todas as situações possíveis, seja pela existência de fatos que não podem ser apreendidos pelas partes no momento da contratação, seja pela existência da assimetria de informações, racionalidade limitada e custos de transação, a busca de uma integração dessas incompletudes, muitas vezes, passa pela atuação do Poder Judiciário.

De fato, os contratos fixam as condições básicas das negociações, mas quando há situações de incumprimento ou alterações no ambiente econômico ou institucional em que uma das partes se sinta prejudicada tem início um litígio que poderá chegar a análise pelo Poder Judiciário. Assim, os contratos, as leis e as decisões do Poder Judiciário, como arcabouço institucional teriam como uma de suas funções dirimir os conflitos. (CUNHA, 2012).

O Poder Judiciário, assim, é instituição relevante que influencia diretamente as decisões dos agentes econômicos e tem papel garantidor do contrato, seja para forçar seu adimplemento, seja para imputar a devida reparação pelo inadimplemento, gerando, em tese, previsibilidade e segurança. Como destacam Ribeiro e Galeski Júnior (2009) o papel dos Tribunais é essencial, sendo que

a proteção legal fornecida pelas instituições (leis e Poder Judiciário) incentiva a cooperação entre sujeitos contratantes. A cooperação é a probabilidade de ação que o sujeito contratante adotará para cumprir o pacto firmado e que varia conforme seja maior ou menor a possibilidade legal de exigir seu cumprimento. (RIBEIRO; GALESKI JÚNIOR, 2009, p. 129-130).

No mesmo sentido, Cooter e Ulen (2016) o tribunal poderá dar as partes as partes o acordado, promovendo cooperação entre elas, isso reduziria incerteza e o risco. Afirmam os autores que

Courts should enforce promises when the parties want enforceability in order to make a credible commitment to cooperate. Enforcement ideally induces optimal performance and reliance at low transaction costs. Optimal performance and reliance maximize the expected value of cooperation to both parties. (COOTER; ULEN, 2016, p.30)

Nesse contexto, tal intervenção deveria ter como finalidade solucionar problemas causados pela incompletude dos contratos, para, com isso, reduzir os

custos de transação, atraindo maiores investimentos pelos agentes econômicos e gerando crescimento e desenvolvimento. (MORETTINI; GONÇALVES, 2014).

O entendimento de que o funcionamento do Poder Judiciário poderá impactar no desempenho da economia é recente e reflete o crescente interesse no papel das instituições (FARIA, 2007), nos termos apresentados anteriormente. Conforme ensina North

Institutions and the way they evolve shape economic performance. Together with the technology employed, they determine the cost of transacting and producing. Institutions are the rules of the game in a society; more formally, they are the humanly devised constraints that shape human interaction. In consequence they structure incentives in exchange, whether political, social, or economic. (NORTH, 1992, p.5)

Para Cunha (2012) o desenvolvimento econômico sofreria interferência do Poder Judiciário porque esse, ao intermediar conflitos, pode definir responsabilidades, assegurar direitos e penalizar maus comportamentos, sendo necessário que seja imparcial e previsível, bem como que as decisões sejam claras e públicas.

Na hipótese de estarmos diante de um Poder Judiciário fraco que tende a provocar ineficiência contratual, isso porque, ninguém estará disposto a concluir os contratos, possibilitando que os agentes tenham comportamentos oportunistas, com aumento dos custos de transação. (CAMINHA; LIMA, 2014).

Em outras palavras, as decisões do Poder Judiciário podem funcionar como custos de transação *ex post*, no lugar de reduzi-los quando cria novas interpretações ou não há uniformização das decisões. Quando há incerteza jurisdicional os ganhos de previsibilidade e de segurança jurídica darão lugar a casos de oportunismo dos agentes, com aumento dos custos de transação.

Como destaca Posner, E., (2010) o fato de os custos de transação proibirem que os contratos sejam completos, justificaria a provisão judicial das regras-padrão, justamente afastando decisões não uniformes.

Nos contratos objeto de análise, ou seja, nos contratos de compromisso de compra e venda de imóveis, sem ingressar nas peculiaridades que envolvem tais contratos, conforme apresentado no capítulo anterior, existe uma cláusula penal prevendo encargos moratórios para o caso de atraso no pagamento do preço pelo comprador, em favor do vendedor.

A discussão apresentada e que ainda pende de definição pelo Poder Judiciário seria a possibilidade de que tal disposição contratual fosse aplicada em favor do comprador do imóvel, alterando entendimento jurisprudencial que não existia quando da formalização do contrato entre os agentes. Assim como, a possibilidade de cumulação dessa sanção as demais verbas indenizatórias previstas no Código Civil.

Considerando, a Teoria dos Custos de Transação verifica-se que a mudança de entendimento pelo Poder Judiciário contraria o entendimento de que os contratos deveriam ser interpretados de forma a afastar as incompletudes do contrato, promovendo a redução dos custos de transação, com um ambiente institucional forte.

Isso porque, pode-se entender que houve uma mudança no ambiente institucional, qual seja, a alteração do entendimento da aplicação de uma cláusula contratual pelo Poder Judiciário, que provocou uma incompletude no contrato, nos termos mais básicos da aplicação da teoria da economia dos contratos.

De fato, os agentes e, principalmente, os vendedores de imóveis (construtora e incorporadoras) não poderiam prever, de forma antecipada, a alteração de posicionamento do Poder Judiciário, que passou a aplicar de forma inversa uma cláusula de salvaguarda.

Tanto é assim que, após as decisões dos Tribunais começarem a determinar a inversão da cláusula penal, muitas construtoras e incorporadoras passaram a adotar em seus contratos a previsão da cláusula penal em seu desfavor, para o caso de atraso na entrega da obra, evitando, assim, que a questão fique dependendo da solução que será adotada pelo Superior Tribunal de Justiça.

É bem possível que, no momento da contratação, os agentes estivessem de acordo com a estipulação contratual, inexistindo sequer, assimetria informacional entre eles em relação a questão, isto é, ambos acreditavam que a obra seria entregue no prazo contratado, assim como que se houvesse algum descumprimento desse prazo a reparação de danos seguiria as disposições do Código Civil para a reparação de danos.

Contudo, dado que são contratos de longo prazo e o descumprimento poderia se dar anos após a contratação (principalmente quanto ao atraso na entrega da obra), quando o comprador foi buscar a reparação de danos no Poder Judiciário aproveitando-se da mudança, passou pleitear a aplicação da cláusula contratual em sentido diverso do contratado, restando caracterizado o oportunismo.

Não se pode negar que a aplicação do entendimento de inversão da cláusula moratória pelo Poder Judiciário está calcada no modelo social de contrato, com as implicações da aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Contudo, também é certo que os contratos que são objeto de análise hoje pelo Poder Judiciário foram firmados após a vigência do Código de Defesa do Consumidor e a noção de modelo social de contrato, portanto, os agentes tinham conhecimento das normas que o regiam, a questão é que não se tinha conhecimento prévio da alteração de interpretação.

Veja-se que não é uma simples questão de uma interpretação da cláusula contratual de forma favorável ao comprador, porque quando o comprador firmou o contrato ele tinha assegurado o direito de reparação pelas disposições legais, com a nova interpretação além daquelas, passou a ter um novo fundamento para seu pedido, que inclusive poderia ser cumulado com os anteriores. Trata-se da instituição, pelo Poder Judiciário de um novo fundamento para o pedido de reparação de danos, que poderá ser utilizado em outros setores, que não só o imobiliário.

Como visto, para a Teoria dos Custos de Transações as instituições seriam modo de governança, os contratantes quando ingressam numa relação contratual buscam minimizar os custos de transação, com alinhamento eficiente.

Contudo, com a alteração do entendimento pelo Poder Judiciário há aumento dos custos de transação, tanto em relação na solução dos problemas advindos do descumprimento contratual, já que prevê multas e responsabilização que não estavam previstas anteriormente, também em relação às novas contratações, já que os agentes terão que tomar posturas para se adequar ao novo entendimento, alterando os contratos para o futuro, inclusive pagando pela atuação de advogados para tanto, como também com alteração dos contratos que já firmados, com a renegociação por meio de aditivos contratuais.

Não se pode deixar de mencionar que esse movimento de alteração dos contratos já teve início, mas não apenas para a previsão de uma cláusula penal em favor do comprador para o caso do atraso na entrega do imóvel, mas também para limitar essa reparação de danos em favor do contratante.

Isto é, novamente o Poder Judiciário acaba por incentivar um comportamento oportunista, pois, embora buscasse defender o interesse da parte menos privilegiada, que seria o consumidor, acabou por permitir que os contratos tenham previsão de

reparação de danos inferior daquela da situação anterior, em que seriam aplicadas apenas as normas gerais de reparação de danos.

Novamente, o ambiente de incerteza resta instaurado, uma vez que, mesmo existindo a referida cláusula os agentes econômicos não têm certeza se ela será observada ou não pelo Poder Judiciário.

Por fim, há que se reconhecer que a conduta do Poder Judiciário em tentar uniformizar os julgados, por meio da afetação dos recursos, nos moldes já apresentados, demonstra uma busca em um Poder Judiciário mais forte, com decisões previsíveis, que tenderá a reduzir custos de transação.

No próximo capítulo será apresentada as conclusões alcançadas com a elaboração deste trabalho.

6 CONCLUSÃO

A utilização da teoria econômica para análise dos contratos e a sua aplicação pelo Poder Judiciário vem sendo cada vez mais aceita, ainda que existam resistências.

Considerando que a construção civil é um ramo central para economia, bem como que dada a crise dos últimos anos houve a multiplicidade de ações judiciais tratando das relações entre compradores, vendedores, incorporadoras e construtoras, o presente estudo buscou fazer uma análise teórica de um ponto específico dessas contratações, qual seja: a possibilidade de inversão da cláusula penal nas promessas de compra e venda de imóveis.

Para tanto, após analisar a relação entre direito e economia, a teoria da economia dos contratos, no qual foi apresentada as definições para cada uma delas, bem como do conceito de assimetria de informações, racionalidade limitada, oportunismo e custos de transação, chegou-se ao referencial teórico da Teoria dos Custos de Transação, que foi utilizada para análise do estudo de caso.

Após a contextualização do tema, como a definição de contrato e da promessa de compra e venda, assim como da cláusula contratual em discussão, o último capítulo destinou-se a abordar a importância das decisões pelo Poder Judiciário e as implicações das alterações de interpretação ao longo do tempo.

Como se viu, a alteração de interpretação pelo Poder Judiciário promoveu uma busca por pretensões até então inexistentes, ou não prevista pelos contratantes, podendo ser caracterizado de fomentador de incompletudes contratuais e das condutas oportunistas. Do mesmo modo, há aumento de custos de transação, já que determinou em grande medida maior número de ações, reconfiguração dos contratos e aditamento daqueles já existentes.

Neste momento, a questão aguarda decisão pelo Superior Tribunal de Justiça, para que a controvérsia tenha solução pacificada para todas as ações judiciais em curso e as que venham a ser propostas sobre o tema.

Como instituição que deveria promover a redução dos custos de transação, percebe-se que houve movimento de duas formas, o primeiro deles de que a partir de um precedente desconectado da discussão sobre a possibilidade de inversão da cláusula penal, essa inversão passou a ser admitida, com a criação de um novo instituto de reparação de danos, determinando a conduta oportunista daqueles que

começaram a pleitear tal indenização, como também o aumento dos custos de transação, novos custos advindos da lide, novos custos com advogados para a elaboração de defesa das ações, novos custos com a elaboração de um novo contrato.

Essa situação é resultado da incerteza institucional, referente as decisões do Poder Judiciário. Isso porque, não é de hoje que é de conhecimento notório de que não há como se ter certeza do resultado de uma demanda judicial, pois cada juiz poderá analisar a questão a ele trazida de uma forma distinta. Isto é, estamos diante de uma instituição que não consegue uniformizar seus entendimentos.

Antes da determinação do Superior Tribunal de Justiça cada Tribunal possuía um entendimento, podendo dois casos semelhantes terem resultados diferentes. Com a determinação de suspensão de todos os processos até o julgamento dos recursos repetitivos, há uma tentativa de uniformização e, quando ela chegar, irá reduzir os custos de transação, mas até lá, os custos de transação que já foram concretizados, já terão sido absorvidos pelos agentes econômicos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, F. (2007). **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

BRASIL. Lei nº 14.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, n. 8, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, n. 176, 12 set. 1990. Seção 1, p.8.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, n. 51, 17 mar. 2015. Seção 1, p.1.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo Seção de Direito Privado**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPrivado/Sumulas.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 955.134/SC. Recorrente: Só Casas Empreendimentos Imobiliários e outros. Recorrido: Bernadete Corrêa Berri. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 25 de setembro de 2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200701140705&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1614721/DF. Recorrente: Aline Ramalho Sereno de Medeiros. Recorrido: MRV Prime Top Taguatinga II e outro. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 26 de abril de 2017. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201601879526>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1635428/SC. Recorrente: Silvio Rodrigues Damasceno. Recorrido: Concreto Construtora de Obras Ltda - EPP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 26 de abril de 2017. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1635428&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

BROUSSEAU, E. GLACHANT, JM. *The economics of contracts: theories and applications*. New York: Press, 2002.

CAMINHA, U.; LIMA, J. C. Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. **Revista de Direito GV**, vol.10, n.1 p.155-200, 2014.

CARVALHO, V.S; PINHEIRO, G,M. Teoria dos contratos incompletos versus teoria da imprevisão. **XIX Congresso Nacional do CONPEDI**, São Paulo, 2010, pp. 497-503.

CATEB, A. B.; GALLO, J. A. A. **Breves considerações sobre a teoria dos contratos incompletos**. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/1bw6c8s9>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

COASE, R.H. *The problem of social cost*. In: *The Journal of Law and Economics*. V. III. 1960.

COOTER, R.; ULEN, T. *Law and economics*. 6 ed. Berkeley Law Books. 2016.

CUNHA, L. G. Governança da Justiça. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). **Agenda contemporânea: direito e economia: 30 anos de Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/237038834/Direito-e-Economia-30-Anos-de-Brasil-Agenda-Contemporanea-Tomo-1-Serie-Gvlaw-1%C2%AA-Edicao#>> Acesso em: 10 out.2010.

FARIA, A. M. J. B. Judiciário e economia: equalização desejada e necessária. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**. Curitiba, v.2, n.2 (jul./dez. 2007). Disponível em:< <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br>>. Acesso em: 2 out. 2017.

FIGUEIREDO, E.F.; GIBRAN, S.M. A análise econômica do contrato e as implicações do princípio da função social do contrato no comércio internacional. **Revista Percorso**, Curitiba, v. 2. n. 19, p. 14-36, 2016.

GALA, P. A Teoria Institucional de Douglas North. **Revista de Economia Política**, vol.23, n.2 p.89-105, 2003.

GALLO, J. A. A. **Contratos incompletos**. 70 f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) – Faculdade de Direito Milton Campos, Minas Gerais, Nova Lima, 2009.

GOMES, O. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ESTEVEES, H. B. **Economia e Direito: Um Diálogo Possível**. 252 f. Tese (Doutorado em Economia) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

HART, O. HOLMSTROM, B. **The theory of contracts**. Massachusetts, 1985. Disponível em: < <https://dspace.mit.edu/bitstream/handle/1721.1/64265/theoryofcontract00hart.pdf%3Bjsessionid%3DD2F89D14123801EBB5A616B328AB8CFC?sequence%3D1>>. Acesso em 02 nov. 2017.

HOVERKAMP, H. **The first Great Law & Economics Movement**. 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1396804>>. Acesso em 18 de nov. 2017.

KLEIN, V. A economia dos contratos: uma análise microeconômica. Curitiba: Editora CRV, 2015.

KLEIN, P. G. *New Institutional Economics*. In: BOUCKAERT, B.; DE GESST, G. **Encyclopedia of Law and Economics**. v. 1: *The History and Methodology of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar. 1999. p. 456-489.

LOPES, J. R. L. Economia e Direito: os caminhos do debate. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). **Agenda contemporânea: direito e economia: 30 anos de Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*. Disponível em: < <https://pt.scribd.com/document/237038834/Direito-e-Economia-30-Anos-de-Brasil-Agenda-Contemporanea-Tomo-1-Serie-Gvlaw-1%C2%AA-Edicao#>> Acesso em: 10 out.2010.

LOPES, S.A. O movimento de direito e economia. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. n.20, 2011, não p.

MACEDO, B. G. Economia e Direito: um diálogo entre iguais. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). **Agenda contemporânea: direito e economia: 30 anos de Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*. Disponível em: < <https://pt.scribd.com/document/237038834/Direito-e-Economia-30-Anos-de-Brasil-Agenda-Contemporanea-Tomo-1-Serie-Gvlaw-1%C2%AA-Edicao#>> Acesso em: 10 out.2010.

MACKAAY, E. *History of Law and Economics*. In: BOUCKAERT, B.; DE GESST, G. ***Encyclopedia of Law and Economics***. v. 1: *The History and Methodology of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar.1999. p.65-117.

MARQUES, C.L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS COSTA, J. **Comentários ao Novo Código Civil**. v. V, t. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MEDEMA, S.G.; ZERBE JUNIOR. R.O. *The Coase Theorem*. In: BOUCKAERT, B.; DE GESST, G. ***Encyclopedia of Law and Economics***. v. 1: *The History and Methodology of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar.1999. p. 836-892.

MEDEMA, S. G.; MERCURO, N.; SAMUELS, W. J. *Institutional Law and Economics*. In: BOUCKAERT, B.; DE GESST, G. ***Encyclopedia of Law and Economics***. v. 1: *The History and Methodology of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar.1999. p. 418-455.

MONTEIRO, R. L. Análise Econômica do Direito: uma visão didática. **XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, São Paulo, 2009, p. 1087-2000.

MORETTINI, F. T.; GONÇALVES, O. O. Análise econômica do controle judicial dos contratos de concessão e sua importância para o desenvolvimento. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 51, p. 73-89, 2014.

NATAL, T. E. **A teoria dos contratos incompletos e a natural incompletude do contrato de concessão**. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/004_056_TATIANA_ESTEVES_NATAL_10082009-17h08m.pdf>. Acesso em: 3 out. 2017.

NIED, P.S. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor e os direitos dos adquirentes das unidades imobiliárias. In: GONÇALVES NETO, A.A.; PAOLA, L. S. **Manual Jurídico da Construção Civil**. Curitiba: Ítala, 2012, p.113-132.

NORTH, C.D. **Transaction Costs, Institutions, and Economic Performance**. São Francisco: Press, 1992.

SILVA PEREIRA, C.M. **Instituições de direito civil**. v.III. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PINHEIRO, A. C.; SADDI, J. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINHEIRO, A. C. **Segurança jurídica, crescimento e exportações**. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <www.ipea.gov.br/pub/td/2005/td_1125.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2017.

POMPEU, I. G.; POMPEU, R. G. O contrato como operação econômica: contributo científico a partir da obra de ENZO ROPPO. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 12, jan./jun, p. 122-134, 2011.

PONTES DE MIRANDA, F.C. **Tratado de direito privado**. 4 ed. t. XIII, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

POSNER, R.A. *El enfoque económico del derecho*. In: RAVINA, C. M. S. (Coord) **Análisis económico del derecho**. Bogotá, Colombia: Pensar, 2011.

POSNER, E. **Análise Econômica do Direito Contratual após três décadas: sucesso ou fracasso**. São Paulo, Saraiva, 2010.

POSTLEWATE, A. *Asymmetric information*. In: **The New Palgrave: A Dictionary of Economics**, v. II. New York: Press, 1998, p. 133-135.

RIBEIRO, M. C.P.; GALESKI JUNIOR, I. **Teoria geral dos contratos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RIZZAEDO, A. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 5 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2017.

SCAVONE JUNIOR, L.A. **Direito Imobiliário: teoria e prática**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SIMON, A.H. *Bounded rationality*. In: **The New Palgrave: A Dictionary of Economics**, v. I. New York: Press, 1998, p. 266-267.

SZTAJN, R. *Law and Economics*. In: _____ (Coord.) **Direito & Economia: análise econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 74-83.

STAJN, R; ZYLBERSZTAJN, D; AZEVEDO, P. F; Economia dos contratos. In: STAJN, R. (Coord.) **Direito & Economia: análise econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 102-136.

STAJN, R; ZYLBERSZTAJN, D; Análise Econômica do Direito e das Organizações. In: STAJN, R. (Coord.) **Direito & Economia: análise econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 1-15.

TIMM, L.B. **Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

THE ROYAL SWEDISH ACADEMY OF SCIENCES. **Oliver Hart na Bengt Holmström: Contract Teory**. Estolcomo, 2016. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2016/advanced-economicsciences2016.pdf>. Acesso em 5 de nov. de 2017.

VARIAN, H.R. **Macroeconomic analysis**. 3 ed. Nova York: Norton & Company, 1992.

VALENZA, W.R. Negócios Imobiliários. In: GONÇALVES NETO, A.A.; PAOLA, L. S. **Manual Jurídico da Construção Civil**. Curitiba: Ítala, 2012, p.79-92.

WILLIAMSON, O. E. **The Mechanisms og Governance**. New York: Oxford University, 1996.

_____. **The Economic Institutions of Capitalism**. New York: The Free Press, 1985.

_____. **Transaction Cost Economics**. *American Economic Review* v. 100, p. 673-690, 2010.

_____. **Contract and Economic Organization**. In: *Revue d'économie industrielle*. v. 92. 2000. p. 55-66.

ZYLBERSZTAJN, D. **A organização ética: um ensaio sobre as relações entre ambiente econômico e o comportamento das organizações**. Disponível em: <http://pensa.org.br/wp-content/uploads/2011/10/A_organizacao_etica_um_ensaio_sobre_as_relacoes_entre_ambiente_economico_e_o_comportamento_das_organizacoes_2000.pdf> Acesso em: 3 nov. de 2017.